

A Contribuição do Constitucionalismo Popular para o Fortalecimento da *Accountability Social* sobre o Judiciário

The contribution of popular constitutionalism to strengthening social accountability over the judiciary

Claudia Maria Barbosa*

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)

Sylvia Maria Cortês Bonifácio de Araujo**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)

1. Introdução

O mundo convive com um fenômeno de expansão do papel do Poder Judiciário que teve início pelo desenvolvimento do modelo de *judicial review* norte-americano, ainda no início do século XIX. Com o Segundo Pós-Guerra, emerge com força um novo tipo de constitucionalismo que atribuiu maior força normativa à Constituição e reconheceu novos e conceitualmente amplos direitos que, associados a uma conjuntura de descrédito na política majoritária (Executivo e Legislativo), levaram a uma hipertrofia do Judiciário que se alastrou pelos diversos continentes.

O poder decisório sobre as questões mais controversas da sociedade encontra-se atualmente nas mãos das cortes constitucionais – a quem é reconhecida a prerrogativa de proferir a “última palavra” sobre a interpretação da constituição. Tal reconhecimento, entretanto, traz consigo um sem número de críticas no campo da Teoria do Direito e da Filosofia Política, especialmente no que diz respeito à chamada tensão contramajoritária, que

* Doutora e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

** Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).

contesta a legitimidade democrática do protagonismo do judiciário no âmbito de tomada de decisões acerca do significado constitucional.

Uma dessas críticas refere-se à usurpação do papel do povo na determinação do significado da constituição pelo judiciário, fundada na teoria de Larry Kramer, assentada em seu livro *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Tal controle popular parece ter sido perdido com o passar do tempo e do crescimento do controle de constitucionalidade. O desafio imposto à teoria do constitucionalismo popular atualmente, portanto, é demonstrar como referido controle popular da constituição pode se tornar efetivo.

Pretende-se, com o presente artigo indicar caminhos que percorrem teorias concernentes à *accountability social*, espécie de controle dos órgãos do Estado pela pressão popular. Busca-se, nesse sentido, fazer uma aproximação entre as propostas de controle do significado da constituição pelo povo e as ferramentas de exercício da *accountability social*, especialmente a mobilização social e a mídia.

Para tanto, parte-se de um panorama geral da noção de supremacia do Poder Judiciário – também traduzida nos termos *ativismo judicial*, *judicialização da política* e *protagonismo do Judiciário*. Seguem-se as propostas do constitucionalismo popular sobre o tema. Após, apresenta-se a ideia de *accountability social*, buscando ressaltar a possibilidade de seu exercício para fiscalização e interferência nas decisões do Poder Judiciário, ou seja, para realizar as propostas do constitucionalismo popular.

Partindo de uma pesquisa essencialmente bibliográfica, utiliza-se uma abordagem qualitativa que prioriza fontes teóricas e estudos conceituais e dirige-se ao exame analítico da matéria que constitui seu objeto.

2. O Protagonismo do Poder Judiciário

Inspirados no desenho institucional norte-americano, diferentes países democráticos atribuem atualmente a interpretação e aplicação da Constituição às cortes constitucionais, nas quais os juízes proferem a palavra final acerca do significado da Constituição. Os demais poderes e, especialmente, os cidadãos interpretam a constituição em seu cotidiano, mas não chegam a ter poder decisório sobre ela. Esse desenho institucional está expresso na Carta brasileira, que assegura ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição.

Embora esse desenho constitua-se hoje um dos principais tópicos de discussão e pesquisa na Teoria do Direito e na Filosofia Política, sua origem remonta à experiência constitucional norte-americana ainda no início do século XIX, na formulação do que hoje é conhecido como controle de constitucionalidade. Em 1803, a Suprema Corte norte-americana inovou na jurisprudência ao julgar inconstitucional uma lei federal e declarar sua nulidade frente às normas constitucionais, trazendo para si um poder de *judicial review* sem precedentes e sem previsão expressa na Carta Constitucional de 1787. Por essa razão, Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹ afirma “ter o controle judicial de constitucionalidade já nascido argumentativamente ativista – estrategicamente ativista”, sendo ainda hoje um dos principais objetos de estudo da teoria constitucional norte-americana.

Não obstante, a supremacia das cortes no que tange à interpretação e aplicação da constituição não é mais uma exclusividade norte-americana desde o Segundo Pós-Guerra, quando o Estado constitucional de direito se consolidou na Europa continental². A constituição passou a ter valor normativo e o controle de constitucionalidade das leis foi fortalecido ou criado para garantir sua eficácia. A partir desse período, o modelo de *judicial review* antes restrito aos Estados Unidos da América espalhou-se pelo continente europeu e, mais tarde, pelo mundo, como consequência dos fatores políticos e jurídicos expostos a seguir.

Além disso, verificou-se no Pós-Guerra, como resposta às atrocidades cometidas em nome de regimes totalitários e de leis que negavam o valor da pessoa humana, a superação e até mesmo repúdio à cultura jurídica positivista e o retorno ao pensamento kantiano de dignidade e moralidade do ser humano. Diante dessa reaproximação do direito com a moral e da expansão das soluções jurídicas para além das normas, houve também a superação do formalismo jurídico, e o juiz – antes adstrito a um raciocínio subsuntivo que era tido com técnico – passou a ser coparticipante na produção do significado da norma.

Ademais, com a constituição se tornando centro do sistema jurídico, no século XX, o direito, antes privatista, torna-se cada vez mais publicizado, ou seja, o direito público começa a adentrar na esfera privada, e há uma maior necessidade da atuação do juiz para dirimir os conflitos entre tais categorias de normas.

1 CAMPOS, 2014, p. 30.

2 BARROSO, 2012a.

Referida expansão do poder judiciário constituiu uma mudança drástica no modo de pensar e praticar o direito, uma vez que o modelo anterior, de Estado legislativo de direito, era centrado no parlamento como poder central e na constituição como um documento político, “cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou administrador”³.

Esse movimento de protagonismo dos Poderes foi descrito por Luiz Werneck Vianna⁴ que assinala que após a Segunda Guerra, seja na doutrina ou no âmbito da opinião pública,

(...) à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, (...) seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida – Justiça.

Referido protagonismo do Poder Judiciário não é uma peculiaridade local, pelo contrário, tem se expressado em todos os continentes e, de maneira geral, encontra sua justificativa histórica na conjuntura política jurisdicional ambientada após o fim da Segunda Guerra Mundial. Por meio dele, a jurisdição constitucional tem avançado sobre a competência dos Poderes Executivo e Legislativo, proferindo decisões por diversas vezes de tendência contramajoritária e despertando a atenção não só dos juristas, mas da mídia e de toda a sociedade.

Embora em expansão, o protagonismo do Judiciário, é fenômeno prevalente apenas em Estados democráticos. É o que ressalta Claudia Maria Barbosa⁵, para quem a forte atuação do Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito à jurisdição constitucional “retomou sua força nas últimas décadas porque vários países da Europa, América Latina e África que passaram por processos recentes de redemocratização depositaram a esperança da construção de sociedades democráticas e dignas nas suas respectivas Constituições”. Países autoritários, via de regra, não admitem a transferên-

3 BARROSO, 2012a, p. 3.

4 VIANNA, 1993, p. 263

5 BARBOSA, 2013, p. 172.

cia de poder ao Judiciário; países com democracias mais consolidadas e um maior equilíbrio, por seu turno, costumam priorizar os debates em torno do significado da constituição à esfera política, “locus” do debate público qualificado.

O protagonismo do judiciário descreve o fenômeno da judicialização da política, que foi identificado na doutrina jurídica e das ciências sociais a partir dos estudos de C. Neal Tate e Tobjorn Vallinder, em 1995, com o trabalho intitulado *The Global Expansion of Judicial Power*, em que foram lançadas as bases de um estudo comparado da atuação do Poder Judiciário.

Para Tate e Vallinder⁶, a judicialização da política se revela pela utilização de métodos tradicionalmente jurídicos na resolução de controvérsias eminentemente políticas, em dois contextos. O primeiro deles – *from without*, ou seja, “a partir de fora”, em português – estaria relacionado à teoria dos *checks and balances*, e se daria pela ampliação da atuação do Poder Judiciário, através dos tribunais, ao realizar a revisão judicial de atos do Executivo e do Legislativo. O segundo contexto – *from within*, “a partir de dentro” – seria verificado na infiltração de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais nos demais poderes, como, por exemplo, através de tribunais administrativos estabelecidos no âmbito do Executivo, e das Comissões Parlamentares de Inquérito, no âmbito do Legislativo. Aqui se trabalha com o primeiro dos dois contextos.

Alguns fatores tentam explicar esse fenômeno de judicialização do espaço político e social. Entre eles estão o sentimento de desilusão com a política majoritária – a chamada crise de representatividade –, a necessidade de um judiciário forte e independente como elemento da criação de um constitucionalismo democrático, e a transferência do eixo decisório de questões polêmicas do Executivo e Legislativo para o Judiciário, justamente por aqueles temerem a repercussão de tomadas de posições delicadas, mas necessárias, para o futuro de suas carreiras políticas⁷.

Não obstante, a referida mudança de paradigma da centralidade de poder do Executivo e Legislativo para o Judiciário não foi empreendida sem questionamentos, especialmente no que tange à possível tensão entre constitucionalismo e participação democrática, intermediada pela complexidade da interpretação judicial.

6 TATE, VALLINDER, 1995, p. 16.

7 BARROSO, 2012a, p. 6.

A compatibilização entre constitucionalismo e democracia decorreria do reconhecimento de que, apesar de sua rigidez, a Constituição precisa se atualizar, seja pelas vias formais das emendas constitucionais, exercidas através do poder constituinte reformador – cuja escolha é feita por meio do sufrágio universal –, seja através da interpretação pelo Judiciário – uma instituição “removida da direta influência dos políticos e composta por juízes independentes encarregados do trabalho de assegurar que a legislação respeite as fronteiras constitucionais”, como explica Mark Tushnet⁸, um dos expoentes do constitucionalismo popular.

Por outro lado, essa visão de supremacia do judiciário, como afirma Barroso⁹, “apresenta inúmeras insuficiências teóricas e enfrenta boa quantidade de objeções, em uma era marcada pela complexidade da interpretação jurídica e por forte interação do Judiciário com outros atores políticos relevantes”.

Assim, juristas de todo o mundo vêm estudando o aparente conflito contramajoritário da relação entre constitucionalismo e democracia, especialmente no que concerne à legitimidade democrática e capacidade institucional do Poder Judiciário para a tomada de suas decisões.

Em resposta a esta aparente tensão, conhecida como “dificuldade contramajoritária”, através da qual o Judiciário, atuando em prol de direitos constitucionalmente estabelecidos, por vezes decide contra a maioria, um poderoso corpo de literatura jurídica tem emergido nos últimos anos, especialmente nos Estados Unidos, ao qual se faz referência com o nome de “constitucionalismo popular”. Seus defensores reúnem-se pelo pressuposto comum de que há vida constitucional fora das cortes e compartilham especial crítica ao elitismo judiciário¹⁰. Um dos principais expoentes desta nova categoria é Larry Kramer, em sua obra *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*, na qual defende os pressupostos do constitucionalismo popular, analisados a seguir.

8 TUSHNET, 2008, p. 19.

9 BARROSO, 2012a, p. 3.

10 GARGARELLA, 2006.

3. Constitucionalismo popular

Kramer faz um apanhado histórico do constitucionalismo norte-americano – o berço do *judicial review* – remetendo o leitor aos *founding fathers* para esclarecer que o constitucionalismo naquele país nasceu com um caráter precipuamente popular – não em um sentido puramente teórico ou abstrato, mas em termos práticos. A geração que participou da redação da Constituição estadunidense (1787) acolheu a ideologia política que celebrava o papel do povo em orientar o governo, de forma que a constituição seria a expressão direta da maior autoridade existente à época: o próprio povo. O autor explica:

[S]ua constituição permaneceu, fundamentalmente, um ato de vontade popular: uma carta do povo, feita pelo povo. E, como veremos, era ‘o próprio povo’ – trabalhando através de e respondendo aos seus agentes no governo – o responsável por verificar que ela fosse corretamente interpretada e aplicada. A ideia de transferir essa responsabilidade aos juizes era simplesmente impensável¹¹.

Era a comunidade em geral, e não o Judiciário ou qualquer ramo do governo, que decidia sobre a Constituição. Esta é a noção que ele chama de constitucionalismo popular, que difere do atual modelo por não presumir que a interpretação jurídica possa acontecer apenas nos tribunais. Ao contrário, um processo interpretativo igualmente válido pode ser empreendido pelos ramos políticos do governo e pela comunidade em geral¹².

Kramer¹³, assim, entende ser um problema a atual configuração de supremacia do Judiciário. O autor denuncia uma divisão do mundo em dois domínios: o da política e o do direito, e somente o primeiro seria domínio do povo, enquanto o direito seria monopólio de uma elite de juizes e advogados. Segundo ele, essa dicotomia seria um artifício de supervalorização dos tribunais e submissão do povo às suas decisões, como forma de reduzir a importância do constitucionalismo popular.

11 KRAMER, 2004, p.7.

12 CERQUEIRA NETO, 2015.

13 KRAMER, 2004.

Em *The People Themselves*, o autor relaciona a construção da supremacia do Judiciário, e conseqüentemente, a negação do valor do constitucionalismo popular pelo sentimento antipopulista moderno de que as pessoas comuns não são capazes de tomar decisões responsáveis quando se trata de política, pois, na verdade “as pessoas comuns são mais como crianças. E, sendo como crianças, as pessoas comuns são inseguras e facilmente manipuláveis”¹⁴.

Kramer, por sua vez, sugere que a percepção da Suprema Corte em relação ao povo seja como a relação dos tribunais inferiores frente àquela: interpretem a Constituição de forma independente, mas atenta à circunstância de existir uma autoridade superior que pode rever as suas decisões – o povo. A mera possibilidade de que isso ocorra já produz um sentido de responsabilidade e sensibilidade perante a comunidade que frequentemente está ausente no modelo de supremacia judicial¹⁵.

Também defensor da soberania popular, Victor¹⁶ afirma que os *founding fathers* não pensaram a constituição como uma lei cuja aplicação deveria ser feita por juízes, mas como um tipo especial de lei, uma lei popular, feita pelo povo e vinculativa a seus governos. Por essa razão, o autor explica que, para Kramer, “os limites impostos pelo texto constitucional ao governo deveriam ser fiscalizados pelo povo, comprometido com o documento fundante do seu Estado, bem como pelas instituições republicanas”.

Kramer¹⁷ fala, assim, em *judicial review without judicial supremacy* (controle de constitucionalidade sem supremacia judicial), ou seja, ele defende que o controle judicial de constitucionalidade mais efetivo estaria nas mãos do povo e não do Judiciário. Este, por sua vez, não poderia deixar de levar em consideração a opinião pública, mesmo que não possa sofrer sanção direta em virtude de suas decisões.

Ao cabo, a solução de Kramer¹⁸ para uma possível contenção da supremacia do poder Judiciário sobre a constituição envolve a possibilidade de responsabilização dos membros da corte através de processos de *impeachment* ou do descumprimento de suas decisões por membros do Legislativo e Executivo, por exemplo.

14 KRAMER, 2004, p. 241.

15 KRAMER, 2004, p. 253

16 VICTOR, 2015, p. 155/156.

17 KRAMER, 2004, p. 92.

18 KRAMER, 2004.

Rodrigo Brandão¹⁹ resume a posição de Kramer:

A disponibilidade destes instrumentos jurídicos não fomentaria conflitos institucionais, mas os desestimularia, pois o seu efetivo uso deve ser bastante raro – como comprova o seu reduzido emprego na história norte-americana. Todavia, a mera possibilidade do seu exercício mudaria a autopercepção da Corte acerca dos seus poderes, tornando mais factível que ela antecipe eventuais reações políticas e se torne mais sensível às opiniões do povo e dos seus representantes. Em uma só palavra: a possibilidade de reações políticas a decisões judiciais agregaria responsividade judicial ao sistema político norte-americano.

De fato, conforme explica Henry J. Abraham²⁰, em toda a história dos Estados Unidos foi realizado o impeachment de apenas treze e condenação de sete juízes de cortes distritais entre 1803 e 1989 – outros nove pediram demissão antes mesmo de serem acusados. Da mesma forma, relata que as emendas constitucionais, como forma de represália a uma decisão da Suprema Corte, foram pouco utilizadas, apenas entre seis e nove vezes no período de 1789 e anos 2000. Ainda, a Suprema Corte, pressentindo a reação política ou percebendo o erro cometido em decisão prévia, algumas vezes anula seus precedentes de maneira expressa ou tácita²¹.

Outro expoente do constitucionalismo popular, Mark Tushnet também critica o controle constitucional como última fonte de interpretação judicial, encarando o que ele chama de “*Strong-Form Judicial Review*” (controle de constitucionalidade forte) como uma ameaça à democracia, isto porque, neste modelo, a comunidade tem poucos recursos quando considera, pela visão da maioria, que a corte chegou a uma decisão equivocada. O autor explica: “podemos emendar a Constituição ou esperar que os juízes morram ou se aposentem para substituí-los com juízes que detenham uma melhor visão do significado da Constituição”²².

19 BRANDÃO, 2012, p. 193.

20 ABRAHAM, 2001, p. 26.

21 ABRAHAM, 2001, p. 34.

22 TUSHNET, 2008, p. 22.

Gargarella²³ distingue seis características comuns aos teóricos do “constitucionalismo popular”: i) desafiam a supremacia judicial, removendo a constituição das mãos dos tribunais; ii) são contra a chamada “sensibilidade antipopular”; iii) defendem a interpretação extrajudicial da constituição; iv) fazem uma releitura crítica dos efeitos do controle de constitucionalidade; v) defendem a criação do direito pelos cidadãos comuns; vi) preocupam-se em aumentar a participação popular nas estruturas políticas e econômicas.

Em termos gerais, a crítica doutrinária ao atual modelo de supremacia judicial reside no comprometimento da participação dos cidadãos na política e, especialmente, na produção do significado da constituição. A ênfase no Judiciário pode reduzir a mobilização popular e o sentimento de cidadania, essenciais à democracia. Ao mesmo tempo, as soluções para o problema do protagonismo do poder judiciário na interpretação constitucional envolvem sempre algum mecanismo institucional, como o *impeachment* ou o *outrule*, ou seja, a criação de uma nova lei/emenda constitucional, uma vez que a original terá sido derrubada pelo Poder Judiciário.

Este artigo está focado no pressuposto de ampliar-se a participação popular na construção do sentido da constituição a partir do controle dos atos do Poder Judiciário por meio da *accountability social*, objeto de estudo do próximo tópico.

4. *Accountability social*

O termo *accountability* é de difícil conceituação e, como fator complicador, também não há acordo sobre como deva ser feita sua tradução para a língua portuguesa. Diante dessa problemática, as pesquisadoras Medeiros, Crantschaninov e Silva promoveram uma pesquisa denominada *Estudos sobre Accountability no Brasil: meta-análise de periódicos brasileiros das áreas de administração, administração pública, ciência política e ciências sociais*, cujo fim foi justamente procurar uma definição para o termo, fazendo-o a partir de seu uso em artigos científicos de diversas áreas acadêmicas.

Foi observado na pesquisa que a maioria (vinte) dos artigos relacionou o termo a “responsabilização”, outros 16 usaram *accountability* como “prestação de contas”, e os demais variaram entre as noções de “transparência”, “sanções”, “controle político” e “responsabilidade”²⁴.

23 GARGARELLA, 2006.

24 MEDEIROS; CRANTSCHANINOV; SILVA; 2013, p. 763.

Na lição de Anna Maria Campos, a *accountability* deve ser vista como uma responsabilidade objetiva, por meio da qual uma pessoa ou organização é responsabilizada perante outro em razão do seu desempenho, e recebe prêmios ou castigos de acordo com o cumprimento ou não de diretrizes²⁵.

Segundo Peruzzotti e Smulovitz²⁶, *accountability* se refere à “habilidade de garantir que os funcionários públicos são responsáveis por seu comportamento – forçados a justificar e informar os cidadãos sobre as suas decisões e, possivelmente, eventualmente serem sancionados por elas”. Em sua conceituação, a *accountability* pode ser estabelecida em termos legais ou políticos.

Accountability legal se refere a um conjunto de mecanismos institucionais direcionados a assegurar que as ações dos funcionários públicos estejam dentro da legalidade. Tais mecanismos, a fim de restringir a arbitrariedade do poder estatal, são instituídos pelas democracias modernas a partir da separação de poderes, do reconhecimento de direitos fundamentais e de mecanismos de *checks and balances*, além de um sistema legal vinculativo²⁷.

A *accountability* política, por sua vez, refere-se à responsividade das políticas governamentais às preferências do eleitorado. Assim, está intimamente ligada à noção de representação democrática, de modo que as eleições são tomadas como o seu principal mecanismo, reelegendo-se apenas aqueles considerados politicamente *accountable*²⁸.

Dessa forma, segundo lição de Peruzzotti e Smulovitz²⁹, os órgãos governamentais são politicamente e legalmente *accountable*

se os cidadãos possuírem a habilidade de fazer com que os funcionários públicos sejam responsáveis pelo seu comportamento, forçando-os a justificar suas decisões e torna-las públicas, e se os cidadãos puderem eventualmente sancionar os funcionários públicos por suas decisões ou atos ilegais.

O problema está em como se alcançar essa *accountability* legal e política. Em resumo, dois são os tipos de obstáculos que se opõem ao exercício

25 CAMPOS, 1990, p. 4.

26 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p.5.

27 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p.5.

28 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p. 6.

29 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p. 6.

desses tipos de *accountability*: (i) intrínsecos, derivados da natureza imperfeita das relações de representação e (ii) extrínsecos, derivados da ausência de certas pré-condições institucionais necessárias ao funcionamento efetivo de agências de controle³⁰.

O cientista político argentino Guillermo O'Donnell³¹, ao tratar do tema, distinguiu os mecanismos de *accountability* em verticais e horizontais. Essa classificação segue uma metáfora espacial, ou seja, indica o eixo de ação da operação do controle. Assim, horizontalmente se fala em operações dentro dos aparelhos estatais e verticalmente se fala na existência de controle social externo ao Estado, principalmente por meio do eleitorado e seu voto.

Segundo O'Donnell³², o conceito de *accountability* vertical envolve “ações realizadas, individualmente ou por algum tipo de ação organizada e/ou coletiva, com referência àqueles que ocupam posições em instituições do Estado, eleitos ou não”.

A partir dessas noções, pode-se caracterizar a *accountability* social como um tipo de *accountability* política centrada em mecanismos de controle vertical da sociedade em relação aos órgãos e servidores da administração pública. Esse tipo de *accountability* esteve tradicionalmente centrada no processo eleitoral e por essa razão costuma ser ignorada e desprestigiada em estudos que tratam do judiciário. Uma vez que magistrados em regra não são eleitos, ela seria imprestável para asseverar legitimidade à atuação dos órgãos de justiça. Esse é um panorama que propostas assentadas no constitucionalismo popular pretendem reverter.

Tomio e Robl Filho³³ ao tratarem especificamente da *accountability* voltada ao Poder Judiciário como objeto de controle desenvolveram uma interessante tipologia para tratar da *accountability* horizontal ou institucional, na qual a fiscalização é exercida entre agentes estatais. Os autores distinguem quatro tipos de *accountability*: (i) *accountability judicial decisional*, referente à possibilidade de requerer justificações dos magistrados acerca de suas decisões, podendo sancioná-los; (ii) *accountability judicial comportamental*, significando a possibilidade de requerer justificações sobre o comportamento do magistrado em aspectos como moralidade, integridade-

30 PERUZZOTTI; SMULOVITZ, 2006.

31 O'DONNELL, 1998.

32 O'DONNELL, 1998, p. 28.

33 TOMIO, ROBL FILHO, 2013, p. 30.

de, entre outros; (iii) *accountability judicial institucional*, a qual diz respeito à prestação de informações e justificação sobre atos de administração ou relação com demais poderes e, por fim, (iv) *accountability judicial legal*, que remete a justificações acerca do cumprimento da lei. Embora extremamente interessante para discutir a *accountability judicial*, essa tipologia pouco avança em termos de controle social, de resto enterrada pelo modelo de Conselho Nacional de Justiça aprovado pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Ao contrário da proposta que previa sua criação, uma pressão enorme e um grande acordo entre os poderes acabou por sepultar, a um só tempo, tanto o controle externo quanto o controle social sobre o funcionamento do Judiciário brasileiro.

Vê-se que, de fato, a doutrina pensa em algum tipo de responsabilização ou controle dos atos do Poder Judiciário apenas quando realizado em nível institucional, mas não em níveis verticais, isso porque majoritariamente identifica-se a *accountability vertical* apenas com os processos eleitorais. Como os juízes, regra geral, não são eleitos, não haveria que se falar em relação de controle social.

O conceito tradicional de *accountability*, assim, ignora a contribuição da sociedade civil no controle das autoridades – justamente o objeto de estudo da *accountability social*, a qual analisa quais consequências a relação de fiscalização entre atores sociais e a agentes estatais pode trazer para o fomento de funcionários públicos mais responsáveis³⁴.

Para Joshi e Houtzager³⁵ “a *accountability social* representa um avanço no pensamento sobre as formas pelas quais os cidadãos podem exercer controle sobre a autoridade pública em contextos onde os mecanismos tradicionais de *accountability política* falharam amplamente”.

Assim, a *accountability social* atua por meio de associações da sociedade civil, Organizações Não Governamentais (ONG's), movimentos sociais e organizações midiáticas a fim de exercer influência no sistema político a partir do monitoramento das ações de agentes públicos.

Dentre as vantagens da *accountability social*, Peruzzotti e Smulovitz³⁶ destacam o fato de que independe do período eleitoral para seu exercício e pode ser direcionada a um problema, situação, política pública ou fun-

34 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p.4.

35 JOSHI, HOUTZAGER, 2012, p. 146.

36 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p. 10/11.

cionário público específicos: “como os mecanismos horizontais, os sociais podem vigiar os procedimentos seguidos pelos políticos e funcionários públicos enquanto criam a política”. Como desvantagem, explicam que as sanções possivelmente impostas ao poder público como resultado da *accountability* social são, em muitos casos, simbólicas e não formais. Esta é uma realidade que precisa mudar.

O objetivo da *accountability* social é fazer com que as instituições sejam legalmente *accountable* e busca alcançar esse fim ao expor e denunciar casos de transgressão dos agentes estatais em suas ações, ativar mecanismos horizontais (agências) de controle e monitorar a efetivação desses mecanismos horizontais³⁷.

Os atores sociais referidos, novos na política, possuem como principal recurso disponível para o controle “a intensidade e visibilidade da ‘voz’”³⁸, de modo que a maioria dos “controles sociais expõem as transgressões, mas não possuem efeitos compulsórios”, razão pela qual são acusados de serem mecanismos “de fachada” e não controle real.

Desse modo, os mecanismos de *accountability* social impõem suas sanções, primeiramente, ao expor e denunciar atos ilegais do poder público, colocando-os na pauta da agenda pública de discussão. Tal ação pode levar a dois resultados: (i) o controle de problemas ou reclamações específicas; (ii) o aumento dos casos em que agentes públicos podem responder e ser responsabilizados, diante de uma agenda pública com um número crescente de discussões. Isso demonstra como a exposição pode acabar por fortalecer também mecanismos de controle vertical ou horizontal, “na medida em que podem resultar na extensão do escopo de conflitos e questões que agentes públicos são obrigados a informar os cidadãos sobre”³⁹.

Em segundo lugar, os mecanismos sociais impõem penalidades por meio da ativação de mecanismos horizontais, o que pode se dar em três situações: (i) quando um movimento social se organiza e mobiliza em torno de uma demanda particular; (ii) quando a mídia dá cobertura a essa mobilização, ou quando realiza sua própria investigação; (iii) quando indivíduos ou associações dão início a procedimentos judiciais nacionais ou internacionais ou fiscalizam agências de controle.

37 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006.

38 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p.16.

39 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p.17.

Por fim, em terceiro lugar, mecanismos sociais de controle podem resultar no estabelecimento de organizações paralelas de controle que monitorem a *performance* de agentes públicos ou oficiais específicos. Após reiteradas denúncias sobre o mesmo tema, podem ser desenvolvidas organizações permanentes para fiscalizar as ações do poder público na área, reforçando a *accountability* social⁴⁰.

Peruzzotti e Smulovitz⁴¹ chegaram à conclusão, observando o contexto social dos países latino-americanos, que o exercício da *accountability* social acontece em três áreas principais: (i) judiciário, (ii) mobilização social e (iii) mídia.

A primeira, a judicialização, tornou-se “um instrumento de que se valem cidadãos individuais e atores sociais para forçar o Estado a intervir nas disputas sociais e políticas que os agentes públicos querem evitar ou ignorar”⁴², e serve a dois propósitos: (i) confere um selo de legitimidade aos requerimentos sociais; (ii) obriga o Estado a tomar uma posição sobre as alegações dos atores sociais.

Essa estratégia faz parte de um amplo processo de judicialização da política que acontece globalmente – como explicado no *Tópico 2*, acima –, caracterizado pelo aumento do número de demandas judiciais, pelo desenvolvimento de novos instrumentos legais que expandem as formas dos cidadãos reivindicarem seus direitos e pela multiplicação do número de atores sociais legitimados a peticionar perante o Poder Judiciário, especialmente, perante as cortes constitucionais⁴³.

Mobilização social é o controle atingido quando atores sociais organizados conseguem chamar atenção para um problema ou reclamação particular em relação a algum ato do poder público. Para que a estratégia seja bem sucedida é necessário que o problema ganhe visibilidade e mobilize a opinião pública, ameaçando causar danos à reputação dos agentes públicos, o que pode, ou não, fazer com o que estes se tornem mais responsáveis, dependendo dos riscos que sejam impostos à manutenção dos seus cargos⁴⁴.

40 PERUZZOTTI; SMULOVITZ, 2006, p.19.

41 PERUZZOTTI; SMULOVITZ, 2006.

42 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p.20.

43 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006.

44 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006.

Essa estratégia está relacionada com a emergência, nas sociedades modernas contemporâneas, de novas organizações da sociedade civil e atores não coordenados que se mobilizam não apenas para exigir a realização de seus direitos, mas também para assegurar que os agentes públicos sigam o devido processo legal e os procedimentos adequados aos seus cargos. Assim, o mundo da política pressupõe a mobilização social, como *locus* no qual se identifica e se faz a mediação de conflitos e se promove a *accountability*. É a mobilização desses atores sociais que traz à luz os problemas que atingem grupos distintos, assim como seus reflexos, e é a partir dela que se pode constituir saídas. Essa estratégia difere do processo de judicialização, por meio do qual os conflitos são “traduzidos” em demandas técnico-jurídicas que, com a tomada de decisão, apaziguam os conflitos, mas não conseguem resolvê-los em suas raízes.

Por fim, como a *accountability social* requer visibilidade, a mídia é o melhor instrumento para se atingir esse objetivo, impondo custos à reputação dos agentes públicos. Dois desenvolvimentos foram importantes nessa seara: (i) a emergência de um jornalismo mais agressivo e (ii) o exercício de um papel central da mídia na exposição de abusos pelo governo. Por outro lado, também a sociedade civil descobriu o poder da mídia em criar uma agenda pública, influenciar agentes públicos, acelerar decisões e condenar violadores da lei. Assim, demandas sociais de *accountability* apenas começaram a exercer considerável pressão sobre os governos quando obtiveram significativa cobertura midiática⁴⁵.

Não obstante, os riscos da ampliação do papel da mídia no exercício da política não podem ser ignorados, pois mesmo que suas acusações não tenham substância, criam a percepção de culpa do investigado⁴⁶. Outra preocupação, ainda mais importante, envolve o fato de que a capacidade investigativa da mídia e a seleção de casos a serem apurados por ela dependem de fatores econômicos, isso porque a mídia é formada por grandes conglomerados financeiros que representam interesses próprios, elitizados e, comumente, contrários aos anseios populares. Daí a necessidade, nas sociedades contemporâneas, de democratização da informação e, acima de tudo, de responsabilização da mídia pelo que é veiculado, no sentido de impor sanções proporcionais aos danos que podem causar aos interesses da sociedade.

45 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p. 24.

46 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006.

Vê-se, dessa forma, que o próprio Poder Judiciário é considerado uma ferramenta de exercício da *accountability social* em relação aos demais poderes. Na contramão desse empoderamento, entretanto, poucas vezes ele é a instituição objeto de algum tipo de fiscalização social, possuindo total independência para decidir.

Robert F. Utter⁴⁷, em artigo intitulado *State Constitutional Law, the United States Supreme Court, and Democratic Accountability: is there a crocodile in the bathtub*, reconhece que o papel do Judiciário em uma sociedade democrática envolve necessariamente a tensão entre independência e o ideal de *accountability* democrática do servidor público. Para Utter, “quanto mais independente de pressões o judiciário for, maior o risco do judiciário se afastar de valores populares fortemente estabelecidos”, não obstante, “quanto mais o judiciário é *accountable* a pressões populares, maior o risco que ele perca seu papel de protetor independente de interesses e direitos não majoritários”⁴⁸. Assim, o autor conclui que a *accountability* judicial requer, na realidade, que os juízes tenham consciência “da necessidade de serem sensíveis às preocupações públicas e cuidadosamente explicarem as escolhas valiosas que devem ser feitas na tomada de decisão”⁴⁹. Essa consciência, contudo, parece não encontrar agasalho no panorama de empoderamento judicial que caracteriza algumas democracias contemporâneas. Assim como ocorre no Brasil, o protagonismo político do Judiciário não parece encontrar freios em uma autocontenção, desejada mas não estabelecida, de respeito ao equilíbrio dos demais poderes estatais.

Nesse sentido é que Russel⁵⁰ afirma que a democracia liberal e a ciência política necessitam de uma teoria da independência judicial, isso porque ao mesmo tempo em que ela precisa ser minimamente assegurada em democracias em transição, necessita ser limitada em democracias liberais consolidadas. Nesse ponto o autor ressalta o papel da *accountability*.

Como visto, o constitucionalismo popular denuncia a completa liberdade do Poder Judiciário em dar significado à constituição, reclamando o controle da interpretação e aplicação da constituição pelo povo por meio da possibilidade de responsividade dos juízes aos seus anseios.

47 UTTER, 1989.

48 UTTER, 1989, p. 20.

49 UTTER, 1989, p. 48.

50 RUSSEL, 2001, p. 2.

As ferramentas de exercício da *accountability social* – especialmente a mobilização social e a mídia – se mostram aptas a realizar a pressão necessária nas cortes de decisão constitucional para que essas não sejam descoladas da vontade popular, fonte última do texto constitucional, indo além de mecanismos institucionais tradicionais de controle do órgão, como o *impeachment*. Ademais, aumentam a participação popular e o sentimento de cidadania nas tomadas de decisões tão importantes para o Estado, como as que o Poder Judiciário vem concentrando em suas mãos. Seus riscos, contudo, são a ineficácia e a seletividade.

A judicialização, apesar de ser considerada uma das estratégias de exercício da *accountability social*, não é reputada aqui uma ferramenta adequada ao fortalecimento das propostas do constitucionalismo popular. Isso porque esta teoria postula a diminuição do protagonismo do Poder Judiciário e promoção de uma maior participação popular na atribuição de significado à constituição e a judicialização de demandas – mesmo que com o escopo de promover o controle dos agentes públicos e suas decisões, incluindo-se, nesta seara, os membros do Poder Judiciário – acabaria por conferir mais poder a este órgão.

5. Conclusão

O fenômeno da expansão do poder do Judiciário sobre a interpretação da constituição tornou-se global, implicando na preocupação para juristas de todas as partes do mundo sobre como conter essa supremacia anômala das cortes constitucionais, especialmente em razão dos possíveis prejuízos ao arranjo democrático de separação de poderes, além da falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para decidir questões sociais e políticas de importância inequívoca ao Estado Democrático de Direito.

Uma das correntes críticas à chamada supremacia do Judiciário é o constitucionalismo popular, tendo Larry Kramer como principal representante, por meio de sua obra *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. O chamado constitucionalismo popular, tomando como ponto de partida a criação da Constituição e da nação norte-americana, repreende a atual configuração do Judiciário como detentor da “última palavra” acerca da interpretação e aplicação da constituição, afirmando que esta foi criada a partir do povo e para o povo e que, portanto, é ele o responsável último pela atribuição de qualquer significado a esse documento tão importante.

O autor sugere, assim, que as cortes não podem se mostrar alheias à vontade popular, pelo contrário, devem incorporá-la em suas decisões, sob pena de carecerem de legitimidade. O significado atribuído à constituição pelas cortes deveria ser fiscalizado pelo povo, comprometido com esse documento, fundador de seu Estado.

Nesse sentido, os mecanismos da *accountability* social apresentados podem ser úteis. A *accountability* se refere, como visto, à possibilidade de responsabilização do poder público pelos seus atos, envolvendo mecanismos de controle e fiscalização. Referida fiscalização é estudada na doutrina especialmente em seus aspectos legais e políticos. O primeiro deles se dá a partir do controle de um Poder pelos demais, em respeito ao sistema de *checks and balances*. Politicamente, fala-se em fiscalização por meio do voto, de modo que os agentes políticos só seriam reeleitos caso seus atos fossem aprovados pelo povo, o que seria verificado nas eleições.

Esses mecanismos se mostram insuficientes quando se trata do Poder Judiciário, pois em termos legais ele funciona como um controlador do Legislativo e Executivo, por meio do *judicial review*, mas suas próprias decisões, por sua vez, são pouco controladas. Isso se deve à carência de mecanismos institucionais de controle, os quais se resumem ao *impeachment* de juízes e à superação legislativa de suas decisões, por meio da reedição de normas declaradas inconstitucionais. Ainda, como visto, é possível falar em espécies de controle interno dos atos dos juízes.

Não há, assim, um mecanismo de controle vertical do Judiciário, uma vez que, em regra, os seus membros não são eleitos. Desse modo, mesmo que suas decisões estejam descoladas da vontade popular, não haverá qualquer represália e, portanto, razão para que os juízes reconsiderem suas decisões a partir dos anseios do povo, de quem deriva a força e significado último da constituição.

Desse modo é que entram em cena as ferramentas apresentadas de exercício da *accountability* social, especialmente a mobilização em massa e o uso da mídia para chamar atenção das cortes constitucionais para a vontade popular nos casos de relevância social e política. Dessa forma é que se pode perceber uma aproximação entre as propostas do constitucionalismo popular e as ferramentas de exercício da *accountability* social: estas complementam aquelas, contribuindo para sua realização.

Permite-se, assim, o controle indireto da interpretação e aplicação da constituição a partir da pressão popular em prol de um Judiciário mais responsivo aos seus anseios.

Referências

- ABRAHAM, Henry J. The Pillars and Politics of Judicial Independence in the United States. In: RUSSELL, Peter H. *Toward a general theory of judicial independence. In: Judicial Independence in the age of democracy: critical perspectives from around the world*. University Press of Virginia, 2001, pp. 25-36.
- BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, V.; DUARTE, F e SCHWARTZ, G. *Direito da Sociedade Policontextual*. Curitiba: Appris, 2013. <https://doi.org/10.18366/fcd.0206.2017>.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 21, pp.1-50, 2012a. <https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>.
- _____, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, pp.23-32, 2012b.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando podemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 24, pp.1-23, fev./abr. 1990.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CERQUEIRA NETO, José Nunes de. *O discurso de supremacia judicial e a resposta do constitucionalismo popular*. Disponível em: <<http://www.fd.unb.br/pt/o-discurso-de-supremacia-judicial-e-a-resposta-do-constitucionalismo-popular>>. Acesso em: 26 jun. 2017.
- GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular*. Disponível em: <<http://www.revistadelibros.com/articulos/el-nacimiento-del-constitucionalismo-popular#note6>>. Acesso em: 26 jun. 2017.
- JOSHI, Anuradha; HOUTZAGER, Peter P. Widgets or Watchdogs? *Public Management Review*, Vo. 14, Issue 2, 2012. <https://doi.org/10.1080/14719037.2012.657837>.
- KRAMER, Larry. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

- _____, Larry D. Judicial supremacy and the end of judicial restraint. *California Law Review*, Vo. 100, Issue 3, 2012. <http://dx.doi.org/doi:10.15779/Z38871V>.
- MEDEIROS, Anny Karine de; CRANTSCHANINOV, Tamara Ilinsky; SILVA, Fernanda Cristina da. Estudos sobre accountability no Brasil: meta-análise de periódicos brasileiros das áreas de administração, administração pública, ciência política e ciências sociais. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 47, n. 3, pp. 745-775, jun. 2013. <https://doi.org/10.1590/s0034-76122013000300010>.
- MENDES, Conrado Hübner. Neither dialogue nor last word – deliberative separation of powers 3. *Legisprudence*, Vo. 5, Issue 1, pp. 1-40, 2011. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911852>.
- O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998. <https://doi.org/10.1590/s0102-64451998000200003>.
- PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. Social Accountability: An Introduction. In: PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. *Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in the New Latin American Democracies*. Pittsburgh: University Of Pittsburgh Press, 2006. pp. 3-33.
- RUSSELL, Peter H. Toward a general theory of judicial independence. In: RUSSELL, Peter H. *Judicial Independence in the age of democracy: critical perspectives from around the world*. University Press of Virginia, 2001, pp. 1-24.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995.
- TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Revista Sociologia Política*, Curitiba, vol. 21, n. 45, mar. 2013. <https://doi.org/10.1590/s0104-44782013000100004>.
- TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. <https://doi.org/10.1515/9781400828159>.
- UTTER, Robert F. State Constitutional Law, the United States Supreme Court, and Democratic Accountability: Is There a Crocodile in the Bath tub. *Washington Law Review*, Washington, Vol. 19, Issue 64, 1989.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, “Positivção” do Direito Natural e Política. *Estudos Históricos*, vol. 9, n. 18, 1996.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade: Debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Recebido em 25 de julho de 2017.

Aprovado em 14 de outubro de 2018.